



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2605 del 2009, proposto da:
Gruppo Samir Global Service Srl, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Andrea
Abbamonte e Dario De Pascale, con domicilio eletto presso il secondo, in Milano,
corso Sempione, n. 9;

contro

Sea Spa, rappresentata e difesa dall'Avv. Maria Alessandra Sandulli, presso il quale
elegge domicilio, in Milano, via Mose' Bianchi, n. 71;

nei confronti di

Co.Lo.Coop.; Snam Lazio Sud Srl, Cns-Consortio Nazionale Servizi Società
Cooperativa, Co.Lo.Coop.Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro e
Servizi, rappresentate e difese dagli Avv.ti Massimiliano Napoli, Giancarlo
Tanzarella ed Elena Tanzarella, con domicilio eletto presso il secondo, in Milano,
piazza Velasca, n. 5; G.I.S.A-Gestione Integrata Servizi Ambientali, rappresentata e
difesa dall'Avv. Elena Tanzarella, con domicilio eletto presso Giancarlo Tanzarella
in Milano, piazza Velasca, 5;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- 1) del provvedimento della Società per Azioni Esercizi Aeroportuali S.E.A. S.p.A., prot. n.25774 del 24.8.2009, recante la aggiudicazione definitiva della gara dei servizi di pulizia delle aereostazioni e fabbricati ausiliari, di movimentazione arredi e altro materiale, di disinfestazioni/derattizzazioni, di pulizia aree esterne degli Aeroporti di Milano Linate e Malpensa;
- 2) di tutti i verbali della gara di cui sub 1, dal n.1 del 18.6.2009 al n.7 del 18.8.2009;
- 3) della lettera di invito prot. n.20346 del 25.6.2009 della gara per l'affidamento dei servizi di pulizia delle aereostazioni e fabbricati ausiliari, di movimentazione arredi e altro materiale, di disinfestazioni/derattizzazioni, di pulizia aree esterne degli Aeroporti di Milano Linate e Malpensa, nella parte in cui, art. 5, è previsto che l'apertura dei plichi contenenti le offerte economiche debba avvenire in seduta riservata;
- 4) di ogni ulteriore atto presupposto, preparatorio, connesso, conseguente e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente;
- 5) nonché per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente per effetto degli atti gravati;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sea Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Snam Lazio Sud Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cns-Consortio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di G.I.S.A-Gestione Integrata Servizi Ambientali;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Co.Lo.Coop.Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro e Servizi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Udito il Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 19 maggio 2010, dott. Marco Poppi, e uditi per le parti i difensori presenti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con Bando pubblicato in GURI in data 08.06.09, SEA spa, indiceva una procedura negoziata per l'affidamento “dei servizi di pulizia delle aerostazioni e fabbricati ausiliari (LIN e MXP) – servizio di movimentazione arredi e altro materiale (LIN e MXP) – disinfestazioni/derattizzazioni (LIN e MXP) – manutenzione verde interno (MXP) – pulizia aree esterne (LIN) – Aeroporti di Milano Linate e Malpensa”, per la durata di due anni, prorogabili, per un importo a base d'asta di € 52.796.000,00, da aggiudicarsi al prezzo più basso.

Nelle sedute del 18 e 25 giugno 2009, la Commissione di gara, procedeva all'esame delle domande di partecipazione e, con Lettera del 25 giugno 2009, invitava le concorrenti ammesse a presentare l'offerta economica.

Effettuato lo scrutinio delle uniche tre offerte pervenute (sedute del 20, 21 e 24 luglio, 5, 11 e 13 agosto), si determinava la graduatoria provvisoria che vedeva l'odierna controinteressata al primo posto, in virtù di un'offerta pari a € 48.309.506,85, seguita dalla ricorrente, con un'offerta pari a € 50.015.390,62 (la terza partecipante veniva esclusa).

Ad entrambe le imprese, ai sensi dell'art. 5 della Lettera di invito, veniva chiesto di presentare entro il 17.08.09 un'offerta migliorativa e, una volta acquisita (9,84% per CNS e 6,78% per Samir), il 18 agosto 2009, il RUP, in seduta monocratica e riservata, stilava una nuova graduatoria che manteneva immutate le precedenti posizioni.

Con provvedimento n. 25744 datato 24 agosto 2009, in questa sede impugnato, SEA spa decretava l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI CNS al quale richiedeva la documentazione necessaria per la stipula del contratto e, con nota n. 25776 di pari data, comunicava l'esito concorsuale alla ricorrente.

Il servizio veniva intrapreso in data 01.09.009 con successiva stipula contrattuale il 4 novembre 2009.

Acquisita la documentazione di gara in sede di accesso, la ricorrente, impugnava i provvedimenti in epigrafe specificati eccependo:

1. l'illegittimità della composizione della Commissione nelle sedute del 5, 11 e 13 agosto 2009;
2. l'illegittimità delle operazioni di apertura e valutazione delle offerte integrative affidate al RUP e non alla Commissione di gara;
3. la violazione del principio di pubblicità con riferimento alle operazioni di apertura delle offerte economiche e delle offerte integrative avvenute in seduta riservata;
4. l'illegittimità dell'art. 5 della Lettera di invito nella parte in cui prevede l'apertura della "Busta 2/Offerta economica in seduta riservata";
5. la mancata rilevazione dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria in relazione ad alcune voci di costo (noli delle attrezzature con operatore, carburante per le piattaforme aeree semoventi; prodotti di pulizia e parcheggio per i dipendenti).

Contestualmente richiedeva la condanna della Stazione appaltante al pagamento dei danni subiti per effetto dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati quantificandoli nell'11,5% dell'importo offerto.

La resistente SEA spa e le controinteressate, costituite in giudizio, confutavano le avverse doglianze chiedendo il rigetto del ricorso.

Nella Camera di consiglio del 4 dicembre 2009, preso atto dell'intervenuta stipula contrattuale, la causa veniva rinviata al merito ed all'esito della pubblica Udienza del 19 maggio 2010, trattenuta in decisione.

Il ricorso deve essere accolto stante la fondatezza dei primi due motivi con i quali la ricorrente contesta la composizione del seggio di gara eccependo, in particolare, la mancata partecipazione di tutti i membri della Commissione ad ogni fase della procedura valutativa.

SEA spa, deduce sul punto che l'istituzione di una Commissione non viene contemplata dalla propria normativa interna in tema di "Regole generali del processo di Approvvigionamento", la quale individuerrebbe proprio nel Responsabile del procedimento "l'unico soggetto investito, sin dal principio, dei poteri di scelta del contraente" ed al quale sarebbe consentito "coinvolgere alcune funzioni aziendali [e, in particolare, la funzione aziendale richiedente, la Direzione Purchasing e quella Affari Legali], per lo svolgimento di attività meramente ausiliarie".

Conferma di ciò si trarrebbe dalle note datate 13 maggio 2009 e 3 giugno 2009, con le quali, per "provvedere...all'apertura dei plichi ricevuti, alla verifica della documentazione presentata, alla predisposizione della graduatoria e alla formulazione della proposta di aggiudicazione...", il RUP, cooptava un rappresentante della Direzione Operazioni ed un rappresentante della funzione Affari Legali.

La Stazione appaltante, a propria difesa sostiene, ulteriormente, come la disposizione di cui all'art. 84 del D. lgs. N. 163/2006 in base alla quale "quando al scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata a una commissione giudicatrice", deporrebbe per la non necessità della nomina di una Commissione in caso di aggiudicazione mediante il criterio del prezzo più basso.

Il mero riferimento alla “Commissione” contenuto nella lex specialis di gara avrebbe dovuto intendersi, pertanto, nel senso atecnico di organo giudice.

In ogni caso, stante il criterio di aggiudicazione adottato (prezzo più basso), non implicante alcun giudizio di ordine tecnico-discrezionale, il vizio eccepito si qualificherebbe come mera irregolarità formale non suscettibile, ai sensi dell’art. 21 octies della L. n. 241/1990, di determinare il travolgimento della procedura di gara. Le susposte argomentazioni non sono condivise dal Collegio.

Preliminarmente deve evidenziarsi l’irrilevanza, in questa sede, delle “Regole generali del processo di Approvvigionamento” adottate da SEA spa in data 26.02.09 che, stante la loro natura di norme interne, in assenza di un espresso richiamo, non possono essere invocate per giustificare condotte difformi da quanto prescritto nella lex specialis..

Quanto al procedimento di valutazione oggetto del presente giudizio, deve ulteriormente rilevarsi l’infondatezza della eccepita assenza di spessore tecnico-discrezionale dei giudizi formulati dall’organo giudice che fonderebbe un profilo di inammissibilità per difetto di interesse in virtù dell’operatività del principio di cui ll’art. 21 octies della L. n. 241/1990.

La reale natura delle valutazioni operate dal seggio di gara emerge, infatti, dall’esame dei verbali laddove:

- si riscontra la coerenza dei valori riportati nell’offerta economica di SAMIR (verbale n. 4);
- si procede alla verifica della percentuale di ribasso dell’offerta di Dussman (verbale n. 4); si accettano gli elementi giustificativi di SAMIR (verbale n. 5);
- si valuta l’insufficienza della documentazione prodotta da Dussman a sostegno della congruità della propria offerta con conseguente esclusione della medesima per anomalia (verbale n. 6).

Relativamente all'eccepito vizio di composizione del seggio di gara, l'art. 5 della Lettera di invito, prevedeva che le operazioni concorsuali venissero svolte da una Commissione giudicatrice che, nel caso di specie, era composta da Roberta Schievenin per la Funzione Affari Legali, Daniele Carnicelli, per la Direzione Operazioni e Angelo Peli per la Direzione Purchasing.

La norma richiamata, circa le operazioni devolute al seggio di gara, prevedeva che:

- “la Commissione giudicatrice, in data 20/07/09 h. 14.30 procederà in seduta pubblica...ad aprire i plichi...;
- successivamente alla chiusura della seduta pubblica, la Commissione giudicatrice provvederà in seduta riservata, a verificare la correttezza formale della documentazione e il possesso dei requisiti in capo a concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara;
- la Commissione giudicatrice redigerà il verbale delle operazioni di verifica condotte;
- a seguito della suddetta verifica, la Commissione giudicatrice procederà, in seduta riservata all'apertura della Busta n. 2/Offerta economica riservandosi, in esito alla disamina condotta, di richiedere migliorie dell'offerta oppure di non attivare detta fase;
- la Commissione giudicatrice nel corso del procedimento di valutazione delle offerte potrà incontrare i concorrenti per attivare con essi una negoziazione”.

Nonostante le richiamate previsioni, non tutte le fasi valutative della procedura di gara venivano curate dalla Commissione con la partecipazione di tutti i membri incaricati.

In particolare:

- alla seduta del 5 agosto 2009, nella quale si analizzavano le offerte delle concorrenti addivenendo alla conclusione di procedere ad integrazioni e

chiarimenti, partecipavano Roberta Schievenin e Daniele Carnicelli, coadiuvati dal Responsabile del procedimento;

- alla seduta del dell'11 agosto 2009, nel corso della quale venivano accettate le giustificazioni della ricorrente e veniva deciso di convocare la concorrente Dussman Service per chiarimenti, ed alla seduta del 13 agosto 2009, riservata all'esame della congruità delle offerte, partecipava la sola Roberta Schievenin coadiuvata dal RUP;

- nella seduta del 18 agosto 2009, dedicata all'apertura delle buste contenenti le offerte migliorative delle concorrenti e che si concludeva con la proposta di aggiudicazione, partecipava il solo RUP.

Ne deriva che le operazioni valutative della procedura oggetto del presente giudizio si sono svolte illegittimamente innanzi ad un seggio di gara incompleto

I verbali di gara confermano, pertanto la censura di parte ricorrente attestando la violazione al principio, più volte affermato in sede giurisprudenziale, in base al quale "è ius receptum che la commissione giudicatrice di una gara di appalto costituisce un collegio perfetto, che deve operare con il plenum, e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti, almeno in ordine alle attività implicanti valutazioni di carattere tecnico-discrezionale consentendosi una deroga a tale principio soltanto per le attività preparatorie, istruttorie o strumentali vincolate (C. Stato, sez. VI, 27-12-2000, n. 6875 ; C. Stato, sez. IV, 07-07-2000, n. 3819". (Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2006, n. 3386).

Il rilevato profilo di illegittimità è assorbente e tale da inficiare l'attendibilità complessiva della valutazione concorsuale determinando il travolgimento dell'intera procedura di gara.

Come la prevalente giurisprudenza ha avuto modo di puntualizzare, "l'illegittima costituzione di una commissione giudicatrice vizia infatti la scelta finale e legittima l'impugnazione da parte di chi non ha ottenuto il provvedimento a sé favorevole,

allo stesso modo che è deducibile il vizio d'incompetenza, pur essendo impossibile dimostrare che una diversa commissione o l'organo competente avrebbero emanato un diverso provvedimento finale." (Cons. Stato, Sez. V, 15 maggio 2006, n. 2711)

Quanto alla domanda risarcitoria, parte ricorrente, con domanda confermata in sede di memoria conclusiva depositata il 14 maggio 2010, chiede il ristoro:

- del danno emergente "identificabile nella perdita di chances connessa al depauperamento delle capacità tecniche ed economiche dell'impresa per effetto della mancata aggiudicazione della gara" da quantificarsi nell'1,5% del prezzo offerto (Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3601);
- del lucro cessante "nella misura del 10% dell'offerta, in base al criterio di cui all'art. 345 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F" (TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, n. 4981/2009)

La domanda non può essere accolta.

L'art. 245 quinquies, comma 1, introdotto dall'art. 12 del D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, stabilisce che "se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto [ipotesi rinvenibile nel caso di specie ove non è richiesta alcuna pronunzia sul contratto] dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento del danno da questi subito e provato".

La norma, in disparte la circostanza che prevede il risarcimento del solo danno "subito e provato" rendendo inammissibile una richiesta fondata unicamente su criteri forfetari, subordina la concessione del ristoro nella forma richiesta (per equivalente) alla prova della spettanza dell'aggiudicazione.

Prova che in questa sede non è stata fornita, né poteva esserlo, stante la natura della censura accolta che, privando di attendibilità l'intero processo valutativo, non consente di riconoscere alcuna spettanza alla ricorrente che potrà giovare

unicamente della riedizione della gara rinnovando in quella sede le proprie chances di aggiudicazione.

Per quanto precede, il ricorso, deve essere accolto con riferimento alla domanda di annullamento degli atti di gara con travolgimento dell'intera procedura concorsuale e respinto quanto alla domanda risarcitoria.

Le spese, pur tenuto conto della reciproca soccombenza, devono essere poste a carico delle resistenti e liquidate in favore della ricorrente nella misura di € 5.000,00 (€ 3.000,00 a carico di SEA e € 2.000,00 a carico di CNS) oltre al rimborso del contributo unificato (a carico della sola SEA).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- accoglie la domanda di annullamento degli atti di gara;
- respinge la domanda risarcitoria;
- condanna le resistenti al pagamento delle spese di giudizio nella misura liquidata in motivazione.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio del giorno 19 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Marco Poppi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO